

# **Grundstrukturen des Bankhaftungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Zahlungsverkehrs**

von

Prof. DR. INGO KOLLER, Regensburg

## *Inhaltsübersicht*

- I. Vorbemerkung
- II. Haftung im Bereich von Sonderverbindungen
  - 1. Haftung gegenüber dem Vertragspartner für dessen Schäden
  - 2. Haftung für die Schäden Dritter
    - a) Netzvertrag
    - b) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte
    - c) Drittschadensliquidation
    - d) Neuere dogmatische Ansätze
    - e) Stellungnahme
    - f) Haftung aus § 826 BGB
- III. Zusammenfassung

### *I. Vorbemerkung*

Bei der Bankhaftung handelt es sich um eine spezifische Form der Produzentenhaftung. So wie sich beim Hersteller, beim Zulieferer von Waren die Frage erhebt, in welchem Umfang er für schädigende Auswirkungen seiner Produkte seinen unmittelbaren Abnehmern, den Händlern, deren Kunden sowie den mehr oder minder zufällig mit den Produkten in Berührung gekommenen Dritten haftet, so dreht sich auch die Bankhaftung um die Frage, ob über die unmittelbaren Kunden der schädigenden Bank hinaus auch entfernter stehende Dritte (z. B. der Überweisungsempfänger, der Gläubiger, der Eigentümer eines Verrechnungsschecks) geschützt sind. Das Problem der Produkthaftung wird bei uns bekanntlich derzeit deliktisch gelöst. Bei den Banken läßt sich dieser Weg nicht einschlagen, da hier primäre Vermögensschäden im Vordergrund stehen, die im Deliktsrecht nach derzeit noch herrschender Meinung nur im Rahmen von Schutzgesetzen und des § 826 BGB ersetzt werden. Im folgenden soll daher vorrangig der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang Banken auch für primäre Vermögensschäden von Nichtkunden verantwortlich gemacht werden können. Davor soll aber kurz die Haftung der Banken gegenüber ihren Kunden untersucht werden.

## II. Haftung im Bereich von Sonderverbindungen

### 1. Haftung gegenüber dem Vertragspartner für dessen Schäden

a) Die Haftung der Bank gegenüber ihren unmittelbaren Vertragspartnern für deren Schäden wirft keine besonderen Probleme auf. Die Bank haftet wegen zu vertretender Unmöglichkeit der Herausgabe, wenn sie die ihr zur Verwahrung übergebenen Effekten nicht zurückgeben kann; wegen Verzugs, wenn sie den Überweisungsauftrag verspätet ausführt oder aus positiver Forderungsverletzung, wenn die Bank zum Beispiel pflichtwidrig ein Geheimnis des Kunden preisgibt. Probleme tauchen auf, wenn ein Bankgeschäft nichtig ist, weil z. B. ein langjähriger Kunde geschäftsunfähig geworden ist. Hier liegt es nahe, die Haftung aus einem vor Jahren zur Zeit der vollen Geschäftsfähigkeit geschlossenen allgemeinen Bankvertrag<sup>1)</sup> herzuleiten. Vielfach wird die Ansicht vertreten, mit der Aufnahme der Geschäftsverbindung komme zwischen Bank und Kunden ein allgemeiner Bankvertrag zustande. Welchen Inhalt der Vertrag haben soll, ist umstritten. Zum Teil wird seine Funktion in der Einbeziehung der AGB-Banken gesehen<sup>2)</sup>. Darüber hinaus soll der allgemeine Bankvertrag so umfassend sein, daß jedes einzelne Bankgeschäft nur als Weisung i. S. d. § 665 BGB zu behandeln ist<sup>3)</sup>. Nach herrschender Lehre sind unter dem Begriff des allgemeinen Bankvertrages jedoch nur diejenigen vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde zu subsumieren, die auf die Begründung eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien zielen<sup>4)</sup>. Kraft dieses vertraglichen Vertrauensverhältnisses sei die Bank verpflichtet, im Rahmen ihrer gewerblichen Betätigung und ihrer dafür geschaffenen Organisation ihre Einrichtungen zur Verfügung zu stellen.

Die Figur des allgemeinen Bankvertrages ist überflüssig<sup>5)</sup>. Zunächst bedarf es keines allgemeinen Bankvertrages, um die AGB der Banken angemessen zum Tragen zu bringen. Es genügt, wenn diese AGB im Zusammenhang mit dem ersten Geschäft in den konkreten Bankvertrag, z. B. Girovertrag, einbezogen werden. Soweit die AGB-Banken über den konkreten Vertrag hinausreichen, wirken sie dann auf spätere Geschäftsbeziehungen ein. Andererseits besteht anerkanntermaßen kein allgemeiner Anspruch des Kunden auf Wahrung seiner Vermögensinteressen; denn die Banken sind kraft allgemeinen Bankvertrages nicht verpflichtet, die im Rahmen von besonderen Bankverträgen vereinbarten Leistungen (z. B. Kredit) zu erbringen, noch besondere Bankverträge abzuschließen<sup>6)</sup>. Es bleibt mithin nur die Pflicht, die Interes-

1) *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 26. Aufl., 1985, (7) I Bankgeschäfte Anm. I 3 A; *Lwowski/Funke/Kamphoff/Kayser*, Bankrecht und Bankpraxis (BuB), 2/1 ff m. w. N.

2) *Baumbach/Duden/Hopt*, aaO (Fußn. 1).

3) RGRK HGB-v. *Godin*, 2. Aufl., Bd. 3, 1963, Anh. I § 365 Anm. 1.

4) *Baumbach/Duden/Hopt*, aaO (Fußn. 1); *Lwowski/Funke/Kamphoff/Kayser*, Bankrecht und Bankpraxis, 2/4.

5) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, 3. Aufl., Bd. III/3, 2. Bearb., 1981, Rz. 3 ff m. N.

6) So auch *Lwowski/Funke/Kamphoff/Kayser*, Bankrecht und Bankpraxis, 2/3.

sen der Kunden nicht zu beeinträchtigen. So haben die Banken ihre Kunden sachgerecht zu beraten und Kundengeheimnisse zu respektieren. Diese Schutzpflichten werden nach herrschender Meinung jedoch schon bei der Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts begründet<sup>7)</sup>. Somit haften die Banken für Integritätsinteressen ihrer Kunden ohne Rücksicht auf die Gültigkeit eines konkreten Bankvertrages, erst recht ohne Rücksicht auf die Existenz eines allgemeinen Bankvertrages. Die Figur eines allgemeinen Bankvertrages vermag daher die Haftung weder zu verstärken noch einzuschränken.

b) Häufig wird die schädigende Bank nicht unmittelbar mit dem geschädigten Kunden in Geschäftskontakt stehen. Diese Situation ist gerade für den bargeldlosen Zahlungsverkehr, also für die Giroüberweisung, den Scheckeinzug, das Lastschriftverfahren, das Akkreditivverhältnis charakteristisch. Dazu ein Beispiel aus dem Bereich der Giroüberweisung: Im Fall der außerbetrieblichen Überweisung beauftragt der Zahlungspflichtige seine Bank, dem Zahlungsempfänger bei dessen Bank (der Empfängerbank) eine Gutschrift zu verschaffen. Um diese Gutschrift zu realisieren, müssen u. U. eine oder mehrere Zwischenbanken tätig werden. Handelt eine der Zwischenbanken verkehrswidrig, so erhebt sich die Frage, ob die erstbeauftragte Bank gem. § 278 BGB für das Verhalten der anderen Banken einzustehen hat. Könnte man dies bejahen, so befände sich der Kunde in einer hervorragenden Position, denn dann könnte ihm seine Bank nicht entgegenhalten, daß sie die anderen Banken sorgsam ausgewählt hat; außerdem bräuchte er nicht das Konkursrisiko der später eingeschalteten Banken auf sich zu nehmen. Die Erstbank hätte auch den Schaden des Zahlungsempfängers zu tragen, falls der Zahlungspflichtige (der Kunde der Erstbank) dem Zahlungsempfänger für ein Versagen seiner Bank haftet (§ 278 BGB). Es entspricht nun allgemeiner Meinung, daß die Zwischenbanken und die Empfängerbank nicht als Erfüllungsgehilfen des erstbeauftragten Kreditinstituts fungieren<sup>8)</sup>. Ausnahmen werden beim Akkreditiv für den Fall des Avis gemacht<sup>9)</sup>. Diese These wird damit begründet, daß die erstbeauftragte Bank nur verspreche, den Überweisungsauftrag weiterzuleiten, d. h. andere Banken zu beauftragen. Dem ist zuzustimmen. Allerdings bedarf es noch der Begründung, warum die Verpflichtung so eng gefaßt wird. Ausgangspunkt ist die Überlegung, daß die Reichweite der Haftung für Erfüllungsgehilfen nicht vom Begriff des Erfüllungsgehilfen her zu bestimmen ist. Vielmehr ist der Kreis der vom Schuldner übernommenen Pflichten maßgeblich<sup>10)</sup>. Dort, wo die Pflichten durch Auslegung der Vereinbarung nach Treu und Glauben zu ermitteln sind, ist der Kreis der Pflichten so zu ziehen, daß sachgerechte, aus Schuldner und seinen Erfüllungsgehilfen zusammengesetzte Funktionseinheiten gebildet

7) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 12.

8) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 329, 387; *Nielsen*, Bankrecht und Bankpraxis, 5/163; *Hadding*, in: Festschrift Werner, 1984, S. 165 m. w. N.

9) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 974, vgl. auch Rz. 372.

10) *Koller*, NJW 1971, 1776, 1780; *ders.*, RdA 1982, 46, 47 f.; *Hopt*, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 265, 274.

werden. Daraus folgt, daß der Pflichtenkreis des Schuldners so gestaltet werden muß, daß dem Schuldner keine unzumutbaren Haftungsrisiken auferlegt werden. Da Erfüllungsgehilfen anerkanntermaßen auch selbständige Unternehmen sein können, ist es nicht unbedingt notwendig, daß der Schuldner, d. h. die Bank, die Erfüllung der Pflicht selbst konkret steuern und kontrollieren kann. Es genügt grundsätzlich, daß die Bank das Risiko ausreichend zu kalkulieren und aufzufangen vermag. In Fällen, in denen Banken als spezifische Geschäftsbesorger tätig sind, also einen gewissen Ermessensspielraum besitzen, ist jedoch die Wertung der §§ 670, 664 Abs. 1 Satz 2 BGB zu berücksichtigen; nämlich die Entlastung des spezifisch geschäftsbesorgerischen Ermessensspielraums von potentiellen Interessenskonflikten<sup>11)</sup>. Bezogen auf die Erfüllungsgehilfenproblematik heißt das: Der Geschäftsbesorger soll Dritte unabhängig von eigenen Interessen an deren Solvenz einschalten können. Daraus folgt, daß Banken, die von der beauftragten Bank im Rahmen ihres Ermessensspielraums auftragskonform eingeschaltet werden, keine Erfüllungsgehilfen darstellen. Dort, wo der beauftragten Bank kein Ermessensspielraum offensteht, wie z. B. bei der Bezahlung der Akkreditivsumme oder bei der Pflicht zur Mitteilung der Akkreditivöffnung, ist die Zweitbank hingegen Erfüllungsgehilfe<sup>12)</sup>.

## 2. Haftung für die Schäden Dritter

Da schädigende Banken regelmäßig keine Erfüllungsgehilfen darstellen und daher nicht befürchten müssen, ihren Vertragspartner von dessen Schadensersatzpflicht gegenüber seinen Kunden befreien zu müssen, stellt sich die Frage, ob die schädigende Bank im Bereich von Sonderverbindungen den Schaden anderer Personen als ihrer Auftraggeber zu ersetzen hat.

Im Rahmen der herrschenden Dogmatik wird hier vor allem die Haftung nach den Regeln der Drittschadensliquidation<sup>13)</sup> und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte diskutiert<sup>14)</sup>. Neuere Ansätze verwenden die Figur des Netzvertrages<sup>15)</sup>, einer Haftung aus Selbstbindung ohne Vertrag<sup>16)</sup>, aus einer Erweiterung der deliktischen Haftung<sup>17)</sup> sowie einer Vertrags- und Deliktshaftung übergreifenden Berufshaftung<sup>18)</sup>.

11) Koller, ZIP 1985, 1243 ff m. N.

12) Canaris, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 974; Koller, ZIP 1985, 1243, 1248.

13) Hadding, in: Festschrift Werner, 1984, S. 165 ff.

14) Canaris, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 21 ff, 395, 397.

15) Möschel, AcP 186 (1986), 185, 211 ff.

16) Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 1 passim.

17) von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 157 ff; MünchKomm-Mertens, BGB, 2. Aufl., 1984 ff, vor § 823 Rz. 4, 47; Mertens, VersR 1980, 397.

18) Hopt, AcP 183 (1983), 608, 634 ff.

## a) Netzvertrag

Möschel<sup>19)</sup> geht davon aus, daß sich die Verträge zwischen Bank und Bankkunden sowie unter den Banken in ein Gesamtsystem des bargeldlosen Zahlungsverkehrs einfügen. Die Einzelverträge begründeten in ihrer Aufeinanderbezogenheit ein System mit dem einheitlichen Zweck der Zahlungsdurchführung. Dies erlaube es, die Mehrgliedrigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu überwinden, denn dem wirtschaftlichen Verbund zur Durchführung von bargeldlosen Zahlungen entspreche ein Netzvertrag, der alle Beteiligten miteinander verbinde. Dies habe zur Konsequenz, daß beim mehrgliedrigen Zahlungsverkehr jedes Glied unmittelbar den bei ihm angefallenen Schaden beim Schädiger liquidieren könne. Es liegt auf der Hand, daß die Figur des Netzvertrages nicht auf ausdrückliche Erklärungen der Beteiligten zurückgeführt werden kann. Der Netzvertrag muß daher letztlich aus Treu und Glauben (§ 157 BGB) abgeleitet werden, indem man z. B. annimmt, daß der Überweisende mit der Unterschrift auf dem Überweisungsschein zugleich auch ein Angebot auf Abschluß des Netzvertrages mit unbekannten Zwischenbanken, ja auch Angebote auf Abschluß eines Vertrages zugunsten des Zahlungsempfängers macht, die von den jeweiligen Banken gem. § 151 BGB angenommen werden. In gleicher Weise müßte man die Erklärung der erstbeauftragten Bank gegenüber der Zweitbank interpretieren, nur daß diese auch einen Vertrag zugunsten des Überweisenden schließen müßte. Denkbar wäre es auch anzunehmen, daß der Überweisende und spätere Glieder des Zahlungsverkehrs mit ihrem Auftrag zugleich dem jeweiligen Auftragnehmer konkludent Vollmacht erteilen. Das Vertragsrecht ist flexibel genug, um der Vorstellung von einem Netzvertrag Rechnung zu tragen, wenn man der Ansicht ist, daß die Netzverbindung Treu und Glauben entspricht. Es stellt sich nur die Frage, ob es sinnvoll ist, die Existenz eines wirtschaftlichen Verbunds durch einen Netzvertrag zu überhöhen. Die Antwort muß nein lauten. So kann die Reichweite von Warnpflichten im Zahlungsverkehr nicht von der Existenz eines Verbundvertrages abhängen, sondern davon, wie dieses System nach Treu und Glauben funktionsgerecht ausgeformt sein sollte. Dazu bedarf es keines Netzvertrages<sup>20)</sup>. Entscheidend gegen den Netzvertrag spricht die Überlegung, daß die Position des Zahlungsempfängers nicht schlechter sein kann, wenn die zweitbeauftragte Bank, die schädigt, einen nichtigen Auftrag erhalten hat. Wenn man in dieser Situation überhaupt einen Schutz des Überweisenden oder Empfängers für richtig hält, so muß dieser von der Existenz eines Netzvertrages unabhängig sein<sup>21)</sup>. Damit ist nicht gesagt, daß die Figur des Netzvertrages ohne Meriten wäre. Sie macht vielmehr deutlich, daß die Glieder des Systems aufeinander eingespielt sind und daß im System typische Risiken auftreten, die kalkulierbar sind.

19) Möschel, AcP 186 (1986), 211 ff.

20) Das gilt auch für die sachgerechte Ausformung des Widerrufs von Überweisungen. Es ist durchaus sachgerecht, den Widerruf über die Kette der Banken laufen zu lassen, da damit Identifikationsprobleme vermieden werden.

21) Canaris, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 16.

b) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

aa) Die Rechtsprechung hat sich, wie *Bundschuh* in seinem Rechtsprechungsbericht dargelegt hat<sup>22)</sup>, mehrfach auf den Standpunkt gestellt, daß die Banken nicht nur ihrem Vertragspartner für dessen Schaden zu haften haben, sondern auch Dritten, die durch ein Fehlverhalten der Bank geschädigt werden<sup>23)</sup>.

bb) In der Literatur vertritt vor allem *Canaris* die Ansicht, daß die Banken nicht nur ihren Vertragspartnern haften<sup>24)</sup>. Der Vertrauensgedanke, der Schutzpflichten zugunsten von Personen erzeuge, die zu der Bank in rechtsgeschäftlichen Kontakt getreten seien, gebiete, Dritte in den Schutzbereich des besonderen Vertrauensverhältnisses einzubeziehen. Nur auf diese Weise könne nämlich verhindert werden, daß wirtschaftsorganisatorische Zufälligkeiten, wie die Mehrgliedrigkeit des Zahlungssystems, Pflichten leerlaufen und Schutzansprüche entfallen lassen<sup>25)</sup>. Da diese Schutzpflichten zugunsten Dritter nicht unmittelbar dem Vertrag entspringen, sondern dem auf § 242 BGB gestützten allgemeinen Schutzpflichtverhältnis, seien Dritte auch dann geschützt, wenn ausnahmsweise ihr Vertrag mit ihrem Partner oder der Vertrag des Partners mit dem Dritten unwirksam sei. Geschützt seien solche Dritte, deren persönliches Wohl und Wehe dem Bankkunden am Herzen liege<sup>26)</sup> (z. B. der Ehegatte) sowie Bankkunden im Verhältnis zu der Bank, mit der sie in keinen unmittelbaren Vertragsbeziehungen ständen, weil ein Glied oder mehrere Glieder zwischen der schädigenden Bank und dem Bankkunden tätig geworden sind<sup>27)</sup>. Nicht geschützt seien hingegen die Gläubiger des Bankkunden.

cc) Dieser Ansatz hat verbreitet Kritik geerntet<sup>28)</sup>. Man wandte ein, daß es das Massengeschäft des Zahlungsverkehrs gerade verhindere, Vermögensinteressen der Beteiligten wahrzunehmen. Außerdem beteilige sich der Bankkunde zu seinem eigenen Vorteil an dem Zahlungsverkehr; er müsse deshalb auch dessen immanente Risiken tragen. Die Figur der Schutzwirkung für Dritte erzeuge unvertretbare Rechtsunsicherheit, weil es keine klaren Kriterien dafür gebe, wer in der Kette der von der schädigenden Handlung Betroffenen noch geschützter Dritter sei, ob z. B. nur der Auftraggeber der Überweisung oder auch der Empfänger.

22) Vgl. in diesem Band *Bundschuh*, Haftung der Banken im Zahlungs- und Scheckverkehr, S. 5 ff.

23) BGHZ 69, 82; BGH ZIP 1985, 1469 = EWiR § 23 BBankG 1/85, 935 (*H. P. Westermann*) = WM 1985, 1391; ebenso OLG Düsseldorf ZIP 1982, 428 = WM 1982, 575; OLG Frankfurt WM 1984, 726.

24) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 21 ff, 395, 397; *Baumbach/Duden/Hopt*, aaO (Fußn. 1), (7) Bankgeschäfte, Anm. 17 B.

25) Vgl. auch *Canaris*, in: Festschrift Larenz, 1983, S. 99; *ders.*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 22.

26) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 23.

27) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 25.

28) *Hadding*, in: Festschrift Werner, 1984, S. 165, 191 ff m. w. N.

c) *Drittschadensliquidation*

*Hadding*<sup>29)</sup> will daher auf die Figur der Drittschadensliquidation zurückgreifen, von der er sich mehr Rechtssicherheit verspricht. Er geht davon aus, daß im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr Schaden und Anspruchsberechtigung regelmäßig auseinanderfallen. Handle eine Zweitbank fahrlässig, so treffe der Schaden nicht ihre Vertragspartnerin, die Erstbank, sondern den Kunden. Zu dieser Schadensverlagerung komme es, weil die Erstbank als mittelbare Stellvertreterin die Zweitbank beauftragt habe. Es sei nun gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß der mittelbare Stellvertreter nicht nur seinen eigenen Schaden, sondern als eigenen Schaden auch den Schaden seines Auftraggebers ersetzt verlangen und an ihn abführen dürfe. *Hadding* geht noch einen Schritt weiter. Den Giroverhältnissen zwischen den Beteiligten entnimmt er mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung, daß die Drittschadensliquidation vereinbart sei. *Hadding*<sup>30)</sup> sieht den Vorteil dieser Lösung darin, daß nur der Schaden des mittelbar Vertretenen, also letztlich des Bankkunden, liquidierbar ist und daß der schädigenden Bank alle ihre Einwendungen gegenüber der sie beauftragenden Bank erhalten bleiben.

Die Figur der Drittschadensliquidation wird in der neueren Literatur von vielen Seiten angegriffen<sup>31)</sup>. Beachtenswert erscheinen mir vor allem zwei Gesichtspunkte. Zum einen wird darauf hingewiesen, daß der Schädiger Schäden des mittelbar Vertretenen ersetzen müsse, selbst wenn sie atypisch seien und der Schädiger mit ihnen nach den Verhältnissen seines Vertragspartners nicht habe rechnen müssen. Man kann mit der Kritik auch umgekehrt ansetzen. Es erscheint nämlich auf den ersten Blick als äußerst fragwürdig, daß der Schaden des wahren Geschädigten nur dann liquidiert werden kann, wenn der Vertragspartner des wahren Geschädigten auf fremde Rechnung und nicht auf eigene Rechnung gehandelt hat. Ein Beispiel aus dem Bereich des Zahlungsverkehrs mag dies verdeutlichen: Man nehme an, daß die zweitbeauftragte Bank eine Überweisung schuldhaft liegen läßt und dadurch der Empfänger des Geldes einen Schaden erleidet. Bei Bringschulden kann der Empfänger des Geldes seinen Schaden beim Zahlungspflichtigen liquidieren; denn die Banken – die Empfängerbank vielleicht ausgenommen – sind seine Erfüllungsgehilfen. Nach der Lehre von der Drittschadensliquidation darf dann die erstbeauftragte Bank den Schaden des Zahlungspflichtigen liquidieren, also letztlich den Schaden des Empfängers auf die schädigende Bank abwälzen. Die Zweitbank braucht jedoch keinen Schadensersatz zu leisten, falls dem Empfänger der Überweisung kein Schadensersatzanspruch gegen den Zahlungspflichtigen zustand, etwa, weil eine Schick-

29) *Hadding*, in: Festschrift Werner, 1984, S. 165, 174 ff; ebenso MünchKomm-Hüffer, BGB, 2. Aufl., 1984 ff, § 783 Rz. 54; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, 5. Aufl., 1973 ff, Anh. § 365 Rz. 100; *Nielsen*, Bankrecht und Bankpraxis, 5/301.

30) *Hadding*, in: Festschrift Werner, 1984, S. 183.

31) *Peters*, AcP 180 (1980) 329, 350 ff m. N.

schuld vorlag oder der Zahlungspflichtige mangels Mahnung nicht in Verzug geraten war. In dieser Situation kann man dem Empfänger nur mit der Figur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte helfen<sup>32)</sup>.

#### d) Neuere dogmatische Ansätze

Denkbar wäre es auch, auf einen der bereits erwähnten, in der neueren Literatur diskutierten Haftungsansätze zurückzugreifen, die alle von dem Gedanken geleitet werden, daß angesichts der wachsenden Spezialisierung und der Angewiesenheit auf zuverlässige Arbeit aller Glieder des arbeitsteiligen Prozesses die Beschränkung der Haftung für die fahrlässige Beeinträchtigung primärer Vermögensinteressen auf den Schaden des Vertragspartners nicht mehr akzeptabel ist. So wird die besonders bei der Haftung für Bankauskünfte bedeutsame These vertreten, daß zusammen mit der Auskunft ein einseitiges Versprechen gegeben werde, die Interessen des Auskunftsempfängers sachgerecht wahrzunehmen<sup>33)</sup>. *Köndgen*<sup>34)</sup> hingegen löst die Haftung von der Existenz einer Willenserklärung und entwickelt rechtsvergleichend unter Rückgriff auf rechtssoziologische Erkenntnisse eine Lehre von der Selbstbindung ohne Vertrag. Grund der Haftung sei die mehr oder minder starke Erzeugung von Erwartungen, die nach dem Reziprozitätsprinzip auch außerhalb des Vertrages binden können. Je nach der Art des Auftretens am Markt seien die Pflichten mehr oder minder intensiv. Andere suchen Dritten, die von Banken mittelbar geschädigt werden, im Rahmen des Deliktsrechts zu helfen<sup>35)</sup>. Es sei, so postulieren sie, Hauptaufgabe des Deliktsrechts geworden, sachgerechte Verkehrssicherungspflichten herauszuarbeiten. Diese Verkehrspflichten seien richterrechtliche Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, in dessen Rahmen bekanntlich primäre Vermögensschäden liquidiert werden können. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man, wenn man den Gerichten die Kompetenz zuweist, ein Sonderdeliktsrecht, z. B. der Bankauskunft, herauszubilden. *Hopt*<sup>36)</sup> löst sich von dem Zwang, die Haftung in die Kategorien „Vertrag“, „vertragsähnlich“, „deliktisch“ einzuordnen und plädiert für eine vertrags- und deliktsübergreifende Haftung. Das eigentliche Problem liege nämlich darin, die jeweilige Berufsrolle richtig zu bestimmen und ihr über die Schadensersatzhaftung hinaus sachgerechte Rechtsfolgen zuzuordnen. Ausgangspunkt einer Berufshaftung sei die berufliche Spezialisierung. Die Nachfrager und die Allgemeinheit stellten Erwartungen an die Träger bestimmter Berufsrollen, die diese sich geschäftlich zunutze machten. Die Haftung solle diese Erwartungen stabilisieren und so zur Opti-

32) So OLG Düsseldorf WM 1986, 637.

33) *Stoll*, in: Festschrift Flume, 1978, Bd. I, S. 741.

34) *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 1 passim.

35) Siehe Fußn. 17.

36) AcP 183 (1983), 608, 634 ff.



mierung des wirtschaftlichen Geschehens verhindern, daß mindere Qualität des Angebots hohe Profite erziele. Die Nachfrager und Dritte seien auf das Instrument der Haftung angewiesen, da sie angesichts der unvollkommenen Markttransparenz die Qualität der beruflich tätigen Anbieter nur unvollkommen beurteilen könnten. Die Berufshaftung schaffe somit Waffengleichheit und eliminiere die laienhafte Unterlegenheit.

### *e) Stellungnahme*

In einer Zeit, die zugunsten materieller Erwägungen dogmatische Strukturen weitgehend über Bord geworfen hat, erscheint es mir in erster Linie wichtig, sich der maßgeblichen Wertungen zu vergewissern. Die Zuordnung zu bestimmten überkommenen oder neu geschaffenen juristischen Figuren muß sekundär bleiben.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Tatsache, daß jedes menschliche Handeln oder Unterlassen mit Schadensrisiken verbunden ist. Diese Schadensrisiken werden dann im Sinn optimaler ökonomischer Allokation eliminiert, wenn der Aufwand für die Schadensverhinderung nicht höher ist als das mathematische Produkt aus potentieller Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit<sup>37)</sup>. Je höher der potentielle Schaden und/oder je größer die Wahrscheinlichkeit des Schadens ist, um so höhere Schadensabwehranstrengungen sind rentabel. Dabei darf man unter die Rubrik der „Kosten der Schadensabwehr“ nicht nur die Investitionen zur Schadensverhinderung, sondern muß darunter auch den entgangenen Nutzen infolge des Unterlassens gefährlicher Tätigkeiten fassen. Schadensersatznormen erfüllen nicht nur Ausgleichsfunktionen. Sie wirken – jedenfalls gegenüber zweckrational, kaufmännisch kalkulierenden Unternehmen – präventiv in dem Sinne, daß Unternehmen Schäden dort lieber vermeiden, wo der Aufwand der Schadensverhütung geringer als die Last der Schadensersatzleistung ist<sup>38)</sup>. Die Schadensverhütung ist nun nicht allein Sache des Schädigers, sondern gleichermaßen des Geschädigten. Wem von ihnen – Schädiger und/oder Geschädigtem – die Schadensverhütung obliegt, ergibt sich aus einem Vergleich des Schadensverhütungsaufwands<sup>39)</sup>. Es liegt auf der Hand, daß eine steigende berufliche Spezialisierung die Last der Schadensverhütung immer mehr auf die Spezialisten verlagert, die die Schadensverhütung billiger betreiben; denn das zur optimalen Schadensabwehr notwendige Wissen ist Spezialisten einfacher zugänglich, ja kann vielfach nur noch von ihnen verwaltet und sachgerecht eingesetzt werden. In dem Maße, in dem sich Laien blind auf Spezialisten verlassen

37) *Adams*, Ökonomische Analyse der Verschuldens- und Gefährdungshaftung, 1985, S. 52 ff.; *Kötz*, Karlsruher Forum, VersR 1983, Beiheft S. 145, 147.

38) *MünchKomm-Mertens*, aaO (Fußn. 17), vor § 823 Rz. 44.

39) *Adams*, aaO (Fußn. 37).

und verlassen müssen, wächst notwendig deren schadensersatzrechtliche Verantwortung. In diesem Zusammenhang mag auch der Gedanke eine Rolle spielen, daß Spezialisten typische Schadensrisiken leichter absorbieren können. Dies ist der Kern der von *Hopt*<sup>40)</sup> entwickelten delikts- und vertragsübergreifenden Berufshaftung.

Eine Haftung in diesem Sinne ist jedoch nur dann unproblematisch, wenn die für die Optimierung der Schadensabwehr und gegebenenfalls der Schadensabsorption maßgeblichen Daten, d. h. insbesondere Schadenswahrscheinlichkeit und Höhe der potentiellen Schäden, zuverlässig prognostizierbar sind. In der Realität ist dies vielfach nicht der Fall. Legt man nun einem potentiellen Schädiger eine Haftung auf, obwohl er weder die Höhe des potentiellen Schadens noch die Wahrscheinlichkeit des Schadens ausreichend kalkulieren kann, so wirkt die Schadensersatzpflicht nicht mehr im Sinn einer optimalen Allokation der Ressourcen effizient. Der Schädiger weiß nämlich nicht mehr, bis zu welchem Punkt seine Schadensabwehranstrengungen rentabel sind. Man kann diesem Dilemma auch nicht dadurch entgehen, daß man die Pflichtenstandards an den vorhersehbaren Schäden ausrichtet. Aus der Sicht einer auf Effizienz gerichteten Prävention genügt dann nämlich eine Belastung mit vorhersehbaren Schäden. Darüber hinausgehende Schadensersatzpflichten erfüllen nur noch distributive und/oder Straffunktionen. Dabei könnte man es belassen, wenn dies nicht zur Konsequenz hätte, daß das Ausmaß der für die Allgemeinheit wertvollen Aktivitäten eingeschränkt werden würde. Das ist indessen der Fall, denn niemand ist mit sinnvollem Aufwand in der Lage, zu garantieren, daß er nie gegen die Standards „verkehrserforderlicher Sorgfalt“ verstößt<sup>41)</sup>. Da er im Fall eines Verstoßes mit unkalkulierbar hohen Schäden rechnen muß, besonders dann, wenn der Verstoß eine Vielzahl von Personen verletzt oder eine Schadenslawine losstritt, wird er entsprechend seiner Risikoscheu – und nahezu alle Menschen sind mehr oder weniger risikoscheu – seine Aktivitäten so begrenzen, daß er nach Möglichkeit nie das Risiko unvorhersehbarer Schäden läuft. Man könnte zwar argumentieren, daß auf der anderen Seite die Geschädigten vom Risiko unvorhersehbarer Schäden befreit werden<sup>42)</sup>. Dieses Argument erweist sich allenfalls bei Einzelschäden als schlagkräftig, nicht jedoch dort, wo sich eine Vielzahl von Einzelschäden beim Schädiger zu einer Schadenslawine summieren, die Schäden aber bei den einzelnen Geschädigten nicht so stark ins Gewicht fallen.

Diese Überlegungen aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts sind für den Juristen letztlich nichts Neues. *Canaris*<sup>43)</sup> und *Picker*<sup>44)</sup> haben erst vor kurzem eindringlich darauf hingewiesen, daß das Haftungssystem des BGB auf diesen Überlegungen beruht. Sie setzen nur an die Stelle des Schutzes vorteilhafter Aktivitäten

40) *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 634 ff.

41) MünchKomm-Mertens, aaO (Fußn. 17), vor § 823 Rz. 61 f.

42) Vgl. MünchKomm-Mertens, aaO (Fußn. 17), vor § 823 Rz. 46 f.

43) *Canaris*, in: Festschrift Larenz, 1983, S. 27, 35 ff.

44) *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 470 ff.

den Schutz der Handlungsfreiheit. Diese Handlungsfreiheit wäre durch eine umfassende Verschuldenshaftung gefährdet, die den potentiellen Schädiger mit dem Risiko konfrontiert hätte, außerhalb von Sonderverbindungen<sup>45)</sup> unkalkulierbare primäre Vermögensschäden zu ersetzen. Da ein Sorgfaltsverstoß eine Vielzahl von Personen in ihren Vermögensinteressen tangieren kann, ein Schaden eine Vielzahl weiterer Schäden verursachen kann, hat der BGB-Gesetzgeber das Prinzip des Gläubigerinteresses geschaffen<sup>46)</sup>: Ersatzfähig ist nur der Schaden des Inhabers eines Schadensersatzanspruches, und Schadensersatzansprüche stehen grundsätzlich nur Vertragspartnern, den Inhabern bestimmter Rechtsgüter (§823 Abs. 1 BGB) sowie den durch Gesetze geschützten Personen (§823 Abs. 2 BGB) zu. Primäre Vermögensschäden werden also grundsätzlich nicht ersetzt, weil sie außerhalb von Sonderverbindungen besonders schlecht überschaubar sind und weil sie sich lawinenartig entwickeln können. Man denke nur an die Folgen einer falschen Bankauskunft, die Dritten zugänglich gemacht wird.

Der historische Gesetzgeber hat mithin das Problem der Begrenzung der Schadensersatzpflicht auf vorhersehbare Schäden in der ihm eigenen Art gelöst. Er hat dogmatische Kategorien geschaffen, die tendenziell vorhersehbare Schäden für ersatzwürdig und tendenziell unvorhersehbare Schäden, nämlich primäre Vermögensschäden außerhalb von Sonderverbindungen, für ersatzunfähig erklären. Dieses System wird in einer Zeit, die auf feinere materiale Differenzierungen Wert legt, nicht mehr akzeptiert. Rechtssicherheit verbürgende, formale Kategorien stehen nicht mehr hoch im Kurs. Die Tendenz geht dahin, sämtliche fahrlässig verursachten, also mit angemessenem Aufwand vermeidbaren Schäden, die in ausreichendem Maße kalkuliert werden können, für ersatzfähig zu erklären. Die Figur der Drittschadensliquidation, die relativ große formale Sicherheit verbürgt<sup>47)</sup>, stellt einen Schritt in diese Richtung dar. Wegen ihrer formalen Strenge – nur bestimmte vorhersehbare Schadensarten werden erfaßt<sup>48)</sup> – dürfte sie aber eine Figur des historischen Übergangs<sup>49)</sup> sein. Die Zukunft gehört wohl – wenn ich Prognosen wagen darf – einer Formel, die stärker auf die Vorhersehbarkeit abhebt. Im deutschen Recht finden wir sie in Anlehnung an das angloamerikanische Recht<sup>50)</sup> in Art. 82 Satz 2 EKG: Zu ersetzen sind Schäden, die der Schädiger bei Vertragsschluß unter Berücksichtigung der Umstände, die er gekannt

45) *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 481 ff.

46) Die Einführung einer Schranke der Vorhersehbarkeit, die von der zweiten Kommission erwogen wurde (§ 247 EII), wurde nicht Gesetz, weil man eine unübersichtliche Kasuistik befürchtete: *Jakobs/Schubert*, Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, 1978, S. 104 ff; *Mugdan*, Materialien, 1899, S. 18.

47) *Hadding*, in: Festschrift Werner, 1984, S. 165, 196.

48) In der Literatur wird dagegen stärker moniert, daß die Banken wenig geneigt seien, untereinander den Schaden der Kunden und Empfänger zu liquidieren: *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 26; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, aaO (Fußn. 1), (7) I Bankgeschäfte Anm. 17 Bb; vgl. auch MünchKomm-Gottwald, BGB, 2. Aufl., 1984 ff, § 328 Rz. 75.

49) *Möschel*, AcP 186 (1986), 187, 223.

50) *Dölle/Weitnauer*, Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht, 1976, vor Art. 82 EKG Rz. 38 ff.

hat oder hätte kennen müssen, als mögliche Folge der Vertragsverletzung hätte vor-  
aussehen müssen. Auf diese Weise wird verhindert, daß steigende Spezialisierung  
mit einer Beschränkung der Haftung belohnt wird, obwohl der Spezialist, um sachge-  
recht anbieten zu können, durchaus die Verhältnisse, das Schadenspotential, auf den  
nachgelagerten Märkten kennt, ja seine Leistungen über seinen Kunden hinweg vor-  
verkauft<sup>51)</sup>. Die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter basiert eben-  
falls auf der Idee der Vorhersehbarkeit des Schadens. Kriterien des Vertrags mit  
Schutzwirkung zugunsten Dritter sind nämlich in der jüngsten Rechtsprechung letzt-  
lich<sup>52)</sup> die Typizität und die konkrete Vorhersehbarkeit<sup>53)</sup> der Schädigung Dritter und  
die Ausrichtung der Leistung auf die geschädigten Dritten<sup>54)</sup>. Die Versicherbarkeit<sup>55)</sup>  
soll hier ebenfalls eine Rolle spielen, wohl weil sie auch unvorhersehbare Schäden  
kalkulierbar macht. In die gleiche Richtung weist wohl die im Lastschrifturteil ver-  
wandte Formel des „Massengeschäfts eines bestimmten Typs“<sup>56)</sup>, da bei Massenge-  
schäften mit zuverlässigen statistischen Größen zu rechnen ist.

Wenn man die Entwicklungslinie der letzten Jahre verlängern darf, so wird sich mithin  
die Haftung der Banken gegenüber Nicht-Vertragspartnern unter dem Etikett des  
Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, möglicherweise aber auch unter der Flagge  
anderer dogmatischer Figuren verschärfen. Im Bereich des Zahlungsverkehrs wer-  
den die Banken nicht nur den Auftraggebern der Erstbank, sondern auch sämtlichen  
bei Vertragsschluß individualisierbaren Destinären<sup>57)</sup> der Bankleistungen haften  
müssen. Möglicherweise wird die Haftung noch ausgedehnt. Die Vorhersehbarkeits-  
formel bietet dafür ein Legitimationsinstrument. Man sollte darüber aber nicht ver-  
gessen, daß die Vorhersehbarkeitsformel hoch abstrakt ist und ihre Konkretisierung  
– wie die Erfahrungen des englischen und amerikanischen Rechts zeigen – mit einer

51) *Canaris*, in: Festschrift Larenz, 1983, S. 27, 100 ff; *Möschel*, AcP 186 (1986), 187, 222.

52) Ein Schutz- und Fürsorgeinteresse des Vertragspartners ist entgegen *Schlegelberger/Hefermehl*,  
HGB, aaO (Fußn. 29), Anh. § 365 Rz. 100 und MünchKomm-Hüffer, aaO (Fußn. 29), § 783 Rz. 54 nicht  
unabdingbar erforderlich. Die Formulierung, daß der Schutz Dritter gewollt sei, wird ohne nachweis-  
lichen Anhalt im Willen der Parteien aus den objektiven Umständen der Bestimmung der Leistung für  
den Dritten und der Erkennbarkeit der Drittbezogenheit abgeleitet. Vgl. *Littbarski*, NJW 1984, 1667,  
1669; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 45. Aufl., 1986, § 328 Anm. 3 ddb; *Larenz*, Schuldrecht I, 13. Aufl.,  
1982, S. 210; MünchKomm-Gottwald, aaO (Fußn. 48), § 328 Rz. 67 ff; schwankend *Staudinger/*  
*Kaduk*, BGB, 12. Aufl., 1978 ff, vor § 328 Rz. 79 f. Der Haftungsumfang kann nicht davon abhängen,  
ob man dem Vertragspartner des Schädigers mehr Egoismus oder mehr Interesse an dem Wohlerge-  
hen anderer, die mit der Leistung in Berührung kommen, unterstellt; a. A. *Medicus*, Schuldrecht I, AT,  
2. Aufl., 1984, S. 331.

53) BGH ZIP 1984, 70 = WM 1984, 34; BGH ZIP 1985, 398 = EWIR § 676 BGB 1/85, 151 (*Köndgen*)  
= WM 1985, 450; BGH WM 1985, 1118, 1119; BGH WM 1985, 1245; MünchKomm-Gottwald,  
aaO (Fußn. 48), § 328 Rz. 71; *Larenz*, Schuldrecht I, aaO (Fußn. 52), S. 210.

54) BGH NJW 1985, 489; BGH WM 1985, 1274 = EWIR Art. 1 § 1 RBRG 3/85, 705 (*Löwe*); BGH  
ZIP 1983, 81 = NJW 1983, 1053, 1054; *Larenz*, Schuldrecht I, aaO (Fußn. 52), S. 210.

55) BGH WM 1985, 450.

56) BGHZ 69, 82, 88.

57) *Canaris*, Großkommentar zum HGB, aaO (Fußn. 5), Rz. 397; OLG Düsseldorf WM 1986, 637 = EWIR  
§ 23 BNotO 1/86, 151 (*Reithmann*); MünchKomm-Gottwald, aaO (Fußn. 4), § 328 Rz. 85.

unübersichtlichen Kasuistik bezahlt werden muß<sup>58)</sup>. Jedenfalls sollte man die Haftung auf die typischen Schäden limitieren, wenn die Schadenshöhe nicht konkret vorhersehbar war.

### *f) Haftung aus § 826 BGB*

§ 826 BGB knüpft die Schadensersatzpflicht an eine Verletzung der anerkannten Sozialmoral. Die Rechtsprechung hat indessen den Sittenwidrigkeitsbegriff dazu benutzt, um ihre Vorstellungen über gesamtwirtschaftliche Opportunität, über sachgerechtes Funktionieren wirtschaftlicher Systeme zu realisieren<sup>59)</sup>. Eine derartige Extension des Sittenwidrigkeitsbegriffs erscheint mir dort als vertretbar, wo sie nur die Nichtigkeit des Vertrages auslöst. In Fällen, in denen eine Schadensersatzpflicht gegenüber einer unübersehbaren Zahl von Gläubigern droht, sollte man auf § 826 BGB nur zurückgreifen, wenn ein Verstoß gegen die Sozialmoral nachzuweisen ist. Das Vorsatz- und erst recht das Leichtfertigkeitserfordernis sind nämlich als Korrektiv fragwürdig<sup>60)</sup>. Der Verzicht auf die Krücke des § 826 BGB dürfte in dem Maß leichter fallen, in dem der Bereich der Sonderverbindung und damit die vertragsähnliche Haftung ausgeweitet wird.

### *III. Zusammenfassung*

1. Die Figur des allgemeinen Bankvertrages ist abzulehnen.
2. Die Haftung der Banken gegenüber ihren Kunden entspringt daher den besonderen Bankverträgen und dem den besonderen Bankverträgen vorangehenden sowie begleitenden Schutzpflichtverhältnis, das die Figur der culpa in contrahendo und wesentliche Teile der positiven Forderungsverletzung umfaßt.
3. Schaltet eine Bank im Rahmen ihres Ermessensspielraums eine andere Bank ein, so ist diese nicht ihre Erfüllungsgehilfin, sondern nur ihre Substitutin.
4. Die Haftung der Banken gegenüber Kunden anderer Banken kann auf eine Vielzahl dogmatischer Figuren gestützt werden: Netzvertrag, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Drittschadensliquidation, Selbstbindung ohne Vertrag, deliktische Fahrlässigkeitshaftung für primäre Vermögensschäden, Berufshaftung.

---

58) *Dölle/Weitnauer*, aaO (Fußn. 50), vor Art. 82 EKG Rz. 69.

59) *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 633; *Möschel*, AcP 186 (1986), 187, 221; *Koller*, JZ 1985, 1013, 1016 m. N.

60) Anders noch *Koller*, JZ 1985, 1013, 1019. Allerdings kann man bei Vorsatz und Leichtfertigkeit die Grenzen der Vorhersehbarkeit weiter ziehen, da sich hier der Schädiger bewußt auf ein Schadensrisiko einläßt.

5. Eine Aussage darüber, welche dieser Figuren eingesetzt werden sollte, setzt voraus, daß man Klarheit über die maßgeblichen Wertungen schafft.
6. Ziel einer sachgerechten Haftung ist es, auch die Schädigung Dritter, die mit zumutbarem Aufwand verhinderbar ist, mit einem Ersatzanspruch zu belegen, damit der Drittschaden in das Kalkül des potentiellen Schädigers eingeht.
7. Allerdings muß das Schadensersatzrisiko kalkulierbar bleiben.
8. Die Figur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte wird in der neueren Rechtsprechung rechtsfortbildend als Instrument eingesetzt, um den Schädiger für vorhersehbare Drittschäden haftbar zu machen. Diese Figur tendiert dahin, sämtliche vorhersehbaren Drittschäden zu erfassen, also auch die Interessen von Bankkunden, die mit der schädigenden Bank nicht in vertraglichen Beziehungen stehen, sofern die Kunden bestimmungsgemäß oder vorhersehbar und individualisierbar mit der Bankleistung in Kontakt kommen.
9. Der mit der Vorhersehbarkeitsklausel erkaufte Gewinn an Gerechtigkeit wird mit einem Verlust an Rechtssicherheit bezahlt. Der Trend geht dahin, dies zu akzeptieren.
10. Die Haftung aus § 826 BGB dient verbreitet dazu, sachgerechte wirtschaftliche Gestaltungen zu erzwingen, auch wenn das sozialetische Minimum nicht unterschritten ist.